

Perfis genéticos para fins de persecução criminal no âmbito internacional ^(*)

Genetic profiles for the purpose of international criminal prosecution

Perfiles genéticos a efectos de enjuiciamiento penal internacional

Marcelo Fernando Quiroga Obregón¹

Bárbara Raasch Timm²

Sumário: Introdução. **1.** Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. **2.** Os direitos e garantias fundamentais conexos à investigação e identificação criminal genética. – Considerações Finais. - Referências.

(*) Recibido: 23 marzo 2019 | Aceptado: 04 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Especialista em Direito Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo – FESP-SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Coordenador Acadêmico do curso de Especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.

mfqobregon@yahoo.com.br

² Acadêmica do 10º período do curso de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito de Vitória – FDV.

barbararaasch@gmail.com

Resumo: Pretende-se analisar se a coleta, armazenagem e utilização de perfis genéticos pelo Estado para fins de persecução criminal está em consonância com os direitos e garantias fundamentais conexos à investigação e identificação criminal genética. Nesse aspecto, primeiramente será feito um estudo acerca da criação e utilização dos bancos de perfis genéticos no âmbito internacional, apresentando os instrumentos normativos internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas. Em seguida, serão abordados os direitos e garantias fundamentais diretamente relacionados ao tema, salientando o direito de não produzir prova contra si mesmo. Destaca-se que a presente pesquisa é guiada, dentre outros, pelos ensinamentos de Maria Elizabeth Queijo em sua obra “O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal”.

Palavras-chave: perfis genéticos, persecução criminal, direitos e garantias fundamentais, direito internacional.

Abstract: The aim is to analyze whether the collection, storage and use of genetic profiles by the State for purposes of criminal prosecution is in line with the fundamental rights and guarantees associated with genetic criminal investigation and identification. In this regard, a study will first be carried out on the creation and use of genetic profile banks at the international level, presenting the international normative instruments on the use of human genetic information. Next, the fundamental rights and guarantees directly related to the theme will be addressed, emphasizing the right not to produce evidence against oneself. It is noteworthy that this research is guided, among others, by the teachings of Maria Elizabeth Queijo in her work "The right not to produce evidence against oneself: the principle of *nemo tenetur se detegere* is detected and its consequences in criminal proceedings".

Keywords: genetic profiles, criminal prosecution, fundamental rights and guarantees, international law.

Resumen: El objetivo es analizar si la recolección, almacenamiento y utilización de perfiles genéticos por parte del Estado con fines de persecución penal se ajusta a los derechos y garantías fundamentales asociados a la investigación y la identificación genética penal. A este respecto, se llevará a cabo en primer lugar un estudio sobre la creación y utilización de bancos de perfiles genéticos a nivel internacional, en el que se presentarán los instrumentos normativos internacionales sobre la utilización de la información genética humana. A continuación, se abordarán los derechos y garantías fundamentales directamente

relacionados con el tema, haciendo hincapié en el derecho a no presentar pruebas contra uno mismo. Cabe destacar que esta investigación se guía, entre otras cosas, por las enseñanzas de María Elizabeth Queijo en su obra "El derecho a no presentar pruebas contra uno mismo: se detecta el principio de *nemo tenetur* y sus consecuencias en los procesos penales".

Palabras clave: perfiles genéticos, persecución penal, derechos y garantías fundamentales, derecho internacional.

Introdução

Os perfis genéticos para fins de persecução criminal têm cada vez mais sido utilizados na atualidade. Assim, a coleta e armazenagem de dados genéticos de indivíduos pelo Estado são alvos de intensos debates tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, não se limitando, inclusive, ao âmbito do Direito.

Em que pese a utilização do mecanismo, não só de persecução, mas também de identificação criminal, busca-se analisar no presente estudo, se a coleta, armazenagem e utilização de perfis genéticos são potenciais violadoras de direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que as informações genéticas de um indivíduo estão intrinsecamente ligadas à sua dignidade.

Assim, será esclarecido o que se entende por perfis genéticos, sendo analisados bancos de perfis genéticos criados e utilizados no âmbito internacional, por meio do direito comparado. Ainda, serão abordados os instrumentos normativos internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas, que servem de auxílio à análise da coleta do material biológico e a utilização e armazenamento do perfil genético para fins de persecução criminal.

Em seguida, serão abordados os direitos e garantias fundamentais diretamente conexos à investigação e identificação criminal genética, quais sejam, a dignidade da pessoa, a presunção de inocência o direito ao silêncio, a garantia de não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), a integridade física e moral, dentre outros.

1 Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal

Com o avanço da ciência e da tecnologia, tornou-se possível obter o perfil genético do ser humano a partir da coleta de seu material biológico. Portanto, primeiramente, é essencial dispor alguns esclarecimentos a respeito do que

se entende por perfis genéticos. Nessa perspectiva, Casabona e Malanda (*apud*, SCHIOCCHET, 2013, p. 522) esclarecem que o perfil genético traz informação sobre a descrição étnica do sujeito e sobre o sexo.

Sobre o tema, Schiocchet, ao distinguir o material biológico ou genético dos perfis genéticos, esclarece que estes “constituem uma parte das informações contidas na amostra de DNA e são extraídos de regiões ditas não codificantes” (2013, p. 521), identificando apenas marcadores sexuais, enquanto aqueles podem constituir “[...] em uma amostra de sangue, saliva, bulbo capilar, entre outros, a partir do qual se fará a análise para a extração do chamado ‘perfil genético’” (2013, p. 520).

Assim, nota-se que uma amostra de DNA possui regiões codificantes e não codificantes. A região codificante apresenta as informações genéticas propriamente ditas do seu titular e, geralmente, são conservadas e utilizadas apenas para fins médicos ou de investigação científica (SCHIOCCHET, 2013, p. 521).

Já a região não codificante, corresponde a maior parte do DNA e é, por vezes, denominada *junk DNA* (DNA lixo em inglês), vez que “mais de 95% do genoma não trazem informação alguma que se converterá em características físicas” (LIMA, 2008, p. 09). Ademais, cumpre esclarecer que o DNA, ácido desoxirribolucleico, corresponde a

uma molécula (ou conjunto de moléculas) que contém toda a informação genética do ser vivo, e se encontra distribuído em diversos fragmentos ou cromossomos (vinte e três pares no ser humano) no núcleo de cada célula (com exceção, nas hemácias, que não em núcleo, e no ADN mitocondrial, que não se encontra naquele) (CASABONA, 1999, p. 21-22).

Dessa forma, deve-se levar em consideração de qual região do DNA a informação é retirada para afirmar se poderá ou não conter características físicas ou de saúde do indivíduo. Nesse sentido, Jacques e Minervino ressaltam que

infelizmente, devido ao parco entendimento público sobre a ciência e a tecnologia envolvidas nesta questão, muitas pessoas são levadas a acreditar que o perfil genético tem muito mais informações do que ele realmente tem (2008, p. 18).

Conforme o VII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), “[...] o perfil genético é obtido a partir de regiões não-codificantes do DNA, sendo incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação é a individualização” (2017, p. 04).

Tendo em vista que o perfil genético é um meio para identificação de um indivíduo, é possível a sua utilização no âmbito de investigação criminal,

principalmente no tocante à apuração de autoria de delitos. Assim, indispensável que seja realizada uma análise a respeito da criação e utilização de bancos de perfis genéticos no âmbito internacional.

1.1 Análise da criação e utilização de bancos de perfis genéticos no âmbito internacional

Os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal têm sido regulamentados em diversos países, dentre os quais, cabe destacar o programa americano CODIS (*Combined DNA Index System*) que é referência no assunto, sendo responsável por armazenar e comparar eletronicamente perfis de DNA.

Em 2009, o Escritório Federal de Investigação, denominado FBI e o Departamento de Polícia Federal (DPF) do Brasil firmaram Termo de Compromisso visando à concessão por parte do FBI ao DPF de uma licença ilimitada para utilização do programa CODIS, além de suas modificações e melhorias (2009, p. 01). Com efeito, o Brasil adquiriu o *software* do sistema CODIS a fim de instaurar a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos em território nacional.

O referido banco de dados norte-americano, conforme dados atualizados em março de 2018 e disponibilizados no endereço eletrônico do FBI, contém mais de 13.290.378 perfis criminosos, 3.062.261 perfis de presos e 845.508 perfis forenses e já tendo auxiliado em 399.179 investigações e sido consultado 415.135 vezes.

Nesse sentido, Anselmo e Jacques (2012, p. 03) ressaltam que não só a coleta compulsória de impressões digitais, como também de amostras de DNA no contexto do processo penal é permitida pela maioria dos países membros do Conselho da Europa, sendo que

os bancos de dados nacionais estão previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia e Suíça (ANSELMO; JACQUES, 2012, p. 03).

Informa Hélio Buchmuller Lima que a Inglaterra e os Estados Unidos foram os pioneiros na implementação de banco de dados de perfis genéticos (2008, p. 10). Acrescenta que o banco de dados britânico foi implementado em 1995, e conforme dados publicados em 2006, “[...] a taxa de resolução de crimes passa de 26% para 40%, quando vestígios encontrados no local do crime são colocados no banco de dados” (LIMA, 2008, p. 10).

O banco de dados norte-americano, por sua vez, foi implementado em 1994, porém com legislações distintas em cada estado (LIMA, 2008, p. 10). Inclusive, destacou que:

Atualmente, todos os estados norte-americanos estão inseridos no banco de dados nacional, conhecido como NDIS (*National DNA Index System*, que utiliza o *software* chamado CODIS), e a grande maioria já passou por reformas na legislação específica, para dar maior eficiência para o banco de dados estadual (LIMA, 2008, p. 10).

Dentre as recomendações editadas pelo Conselho da Europa, são especialmente importantes, levando em consideração o tema ora estudado, as de nºs R (87) 15, R (92) 1. Posto isso, a Recomendação nº R (87) 15, adotada pelo Comitê de Ministros em 17 de setembro de 1987 na 410ª reunião, estabeleceu os princípios a serem aplicados na coleta, armazenamento, uso e comunicação de dados pessoais para fins policiais.

As matérias que foram tratadas dizem respeito, em suma, do controle e notificação, recolhimento, armazenamento, comunicação e uso de dados pela polícia, publicidade, direito de acesso aos arquivos policiais, direito de retificação e direito de recurso, duração do armazenamento, atualização e segurança de dados. Dessa forma, os referidos princípios foram recomendações dadas pelo Conselho da Europa aos Estados membros, para orientá-los nas suas leis e práticas nacionais.

A Recomendação nº R (92) 1, de 10 de fevereiro de 1992, que versa sobre a análise do uso do ácido desoxirribonucleico (DNA) no âmbito do sistema de justiça criminal, recomendou aos Estados membros que, em suas legislações e políticas, somente realizassem coleta de amostras biológicas para análise de DNA em circunstâncias determinadas em lei ou com autorização específica de uma autoridade.

Inclusive, fora expressamente previsto que “[...] nos casos em que a legislação interna admita que as amostras possam ser colhidas sem o consentimento do suspeito, só deve ser realizado se as circunstâncias do caso justificarem tal ação” (1992, p. 02).

Portanto, mesmo tendo sido considerado que as técnicas de análise de DNA podem oferecer vantagens para a justiça criminal, auxiliando a determinação de inocência ou de culpa, recomendou-se que os padrões de proteção de dados deverão ser realizados conforme a Recomendação nº R (87) 15.

No que tange ao armazenamento das amostras e dados, foi sugerido que as amostras ou outros tecidos do corpo retirados de indivíduos para análise do DNA não ficassem armazenados após a decisão final do caso para o qual foram utilizados, ao menos que fossem estritamente necessários.

Todavia, é de se notar que os resultados e informações obtidas a partir da análise do DNA poderão ser conservados caso o indivíduo tenha sido condenado por ofensas contra a vida, integridade ou segurança das pessoas, cujo prazo de armazenagem deverá ser rigorosamente definido por lei.

Assim, Recomendação nº (92) 1 do Conselho da Europa, mesmo tendo tratado a questão do uso do DNA para auxílio sistema de justiça criminal de maneira generalizada, representou um grande ponto de partida para incentivo às mudanças legislativas dos países europeus, vez que expôs quais análises são imprescindíveis à determinação de perfis genéticos (ALMEIDA NETO, 2008, p. 09).

Ao buscar aprofundar a cooperação internacional visando, particularmente, combater o terrorismo e a criminalidade transnacional, o Tratado de Prüm, assinado por países membros da União Europeia, em 27 de maio de 2005, estipula regras a serem observadas para fornecimento de dados de DNA e impressões digitais, por exemplo:

Alteração 6

Considerando 11 A (novo)

(11 A) Estas melhorias no intercâmbio de informações constituem um progresso na disponibilização de informações aos agentes responsáveis pela aplicação da lei nos Estados--Membros. **É necessário garantir a existência de razões para efetuar consultas automatizadas nas bases de dados nacionais de ADN e de identificação dactiloscópica, sempre que estejam em causa dados de carácter pessoal.** (grifo nosso)

Alteração 29

Artigo 7o, no 1 A (novo)

1 A. A recolha do material genético apenas poderá ser efectuada ao abrigo da legislação nacional e para fins específicos e deve obedecer aos requisitos da necessidade e proporcionalidade.

Com efeito, o nível de restrição da legislação que regulamente os bancos de dados de perfis genéticos impacta diretamente na amplitude dos efeitos da sua utilização. Dessa forma, a seguir serão analisadas as recomendações internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas.

1.2 Instrumentos normativos internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas

Primeiramente, importante destacar instrumentos normativos internacionais que versam sobre o uso das informações genéticas humanas, como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos

(UNESCO, 1997) e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (UNESCO, 2004).

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 29ª sessão realizada em 1997, enfatiza que a pesquisa realizada com o genoma humano deve respeitar inteiramente a dignidade, a liberdade e os direitos humanos bem como a proibição de todas as formas de discriminação baseadas em características genéticas.

Assim, fica estabelecido no artigo 1 da referida declaração que “o genoma humano constitui base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade”, sendo considerado, inclusive, um patrimônio da humanidade em um sentido simbólico.

Posto isso, o artigo 6 dispõe que nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas. Dessa forma, o artigo 7 busca assegurar a confidencialidade dos dados genéticos armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso. Inclusive, no artigo 9 é disposto que eventuais limitações aos princípios do consentimento e da confidencialidade somente poderão ser determinadas pela legislação.

Por sua vez, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, aprovada na 32ª sessão da Conferência Geral da UNESCO em 16 de outubro de 2004, prolongou o disposto na declaração de 1997, buscando garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de recolha, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade.

Note-se que a UNESCO reconhece a importância da pesquisa sobre o genoma humano e suas aplicações para o progresso da humanidade como um todo, porém, enfatiza que “[...] tal pesquisa deve respeitar inteiramente a dignidade, a liberdade e os direitos humanos bem como a proibição de todas as formas de discriminação baseadas em características genéticas” (UNESCO, 1997, p. 06).

Assim, os referidos instrumentos normativos internacionais propuseram a definição dos princípios orientadores aos Estados na formulação de suas legislações e políticas a respeito dos dados genéticos humanos, buscando assegurar que os dados genéticos de um indivíduo “devem ser recolhidos, tratados, utilizados e conservados com base em procedimentos transparentes e eticamente aceitáveis” (JACQUES; MINERVINO, 2008, p. 18).

2 Os direitos e garantias fundamentais conexos à investigação e identificação criminal genética

A Constituição Federal do Brasil de 1988 assegura, no artigo 5º, inciso X, que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, e passíveis de indenização. Tais direitos constitucionais relacionam-se a um dos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, estabelecida no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

No que tange à dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 a estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e pode ser entendida tanto como um princípio estruturante de todo o sistema constitucional, como também de todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero explicam que:

[...] é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal. [...] o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 263).

Da mesma forma, Maria Elizabeth Queijo assevera que “os direitos fundamentais se destinam, essencialmente, ao resguardo da dignidade humana, que se projeta em tutela com relação ao Estado e aos próprios semelhantes” (2012, p. 75). Por sua vez, Sarlet (2012, p. 101) orienta que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, ao menos em princípio, a dignidade encontra-se presente em conteúdo ou é projetada em cada direito fundamental, com maior ou menor intensidade.

Apesar da expressão “direitos fundamentais” ser frequentemente utilizada como sinônimo de “direitos humanos” é importante distingui-las. Nesse sentido, Sarlet ressalta que “[...] não há dúvida de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, no sentido de que o seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos” (2015, p. 29).

De acordo com Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 75), os direitos fundamentais são direitos humanos positivados. Já a expressão “direitos humanos”, na visão de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 48), indica direitos suprapositivos. Tendo isso em vista, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como

[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 49).

Em que pese à existência de diversas terminologias utilizadas para tratar dos direitos fundamentais, todas convergem para um conceito semelhante. Nessa perspectiva, é possível compreender, em um de seus aspectos, os direitos fundamentais como “[...] aqueles direitos assegurados por garantias constitucionais, cuja finalidade é a preservação da liberdade e dignidade da pessoa humana” (FABRIZ, 2013, p. 187).

Considerando que a supremacia da normatividade constitucional desperta o fenômeno da “filtragem constitucional”, que diz respeito ao processo hermenêutico de apuração das normas jurídicas compatíveis com a Constituição (2013, p. 309). Nessa perspectiva, o processo penal deve ser visto à luz do disposto na Constituição Federal, sendo “[...] um instrumento de concretização das garantias individuais e do próprio projeto constitucional” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 310).

Os direitos subjetivos individuais e suas correspondentes garantias, relativas ao Direito Processual Constitucional, são denominados por Rogério Lauria Tucci de regramentos constitucionais do processo penal (2011, p. 53). Destarte, os princípios fundamentais do processo penal devem buscar atender o compromisso democrático e essencialmente protetivo dos direitos humanos.

No âmbito do processo penal, os princípios processuais da presunção de inocência, direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo são fundamentais para garantia de um sistema processual penal que assegure os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Os referidos princípios integram o devido processo legal, que corresponde a uma das principais garantias do indivíduo positivadas na Constituição. Nesse sentido, o art. 5º, inciso LIV da Constituição assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal, ao representar um dos pilares do Estado Democrático de Direito, compreende “[...] um conjunto de garantias que condiciona a validade da relação processual que tem por objeto um caso penal” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p.319).

No que tange ao direito de não produzir prova contra si mesmo, também conhecido pela expressão *nemo tenetur se detegere*, Maria Elizabeth Queijo, esclarece que o significado literal da expressão é “ninguém é obrigado a se

descobrir” (2012, p. 28). Amoldando-se à categoria de princípios-garantia, o referido direito possui força determinante e densidade de autêntica norma jurídica (QUEIJO, 2012, p. 92). Queijo explica que, mesmo sendo considerado um princípio-garantia, o *nemo tenetur se detegere* não colide com sua natureza de direito fundamental, vez que

[...] objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar da investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações (QUEIJO, 2012, p. 77).

Em que pese não haver previsão expressa do direito a não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro, defende-se que é possível extraí-lo do sistema de garantias constitucionais (PACELLI, 2018, p. 393). Ainda, o *nemo tenetur se detegere* vem sendo acolhido em diplomas internacionais de direitos humanos.

É certo que os direitos e garantias expressos na Constituição da República “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º, CF/88).

Com efeito, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, por meio do Decreto nº 592, faz referência à garantia da não autoincriminação quando dispõe no artigo 14, n. 3, alínea g, que toda pessoa acusada de um delito terá direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada.

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678 em 1992, assegura que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (artigo 8, parágrafo 2º). Dentre as garantias mínimas também foi estabelecido o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, apesar de não ter mencionado expressamente o *nemo tenetur se detegere* faz referência à presunção de inocência e estabelece a não utilização de tortura (artigo XI e V).

Segundo Piovesan, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, conclui-se que “os direitos enunciados nos tratados

de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados” (2012, p. 113).

A Carta de 1988 “atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional” (PIOVESAN, 2013, p.113). Em relação ao status normativo dos diplomas internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, Piovesan sustenta que enquanto os tratados tradicionais têm força hierárquica infraconstitucional, mas supralegal, “[...] os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção de direitos humanos apresentam valor de norma constitucional” (2013, p. 118).

Posto isso, considerando que o *nemo tenetur se detegere* foi expressamente assegurado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diplomas que foram ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados, conforme os decretos legislativos mencionados, Maria Elizabeth Queijo conclui que o direito de não produzir prova contra si mesmo é uma norma constitucional, tanto material, quanto formalmente (2012, p. 90).

A garantia do *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos da primeira geração, vez que se trata de uma garantia de liberdade do acusado em autodeterminar-se, não devendo sofrer vulnerações por parte do Estado (QUEIJO, 2012, p. 479).

Conforme ensina Paulo Bonavides, a primeira geração de direitos fundamentais diz respeito aos direitos de liberdade, cujo titular é o indivíduo, que exerce resistência ou opõe-se perante o Estado (2017, p. 577-578). Sendo os primeiros direitos a constarem do instrumento normativo constitucional, “traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico” (BONAVIDES, 2017, p. 578).

Noutro giro, cabe explicar outros direitos fundamentais que se relacionam de modo intrínseco à garantia da não autoincriminação, quais sejam, o direito ao silêncio e a presunção de inocência, que se encontram positivados na Constituição. Assim sendo, o artigo 5º, inciso LVII, da CF/88 assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em seguida, o direito ao silêncio, assentado no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição, assegura que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais, o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Para Tucci, denominada presunção de inocência

corresponde, tecnicamente, a não consideração prévia da culpabilidade (2011, p. 320). A presunção de inocência reafirma a dignidade humana como valor norteador do ordenamento jurídico brasileiro, sendo um dos corolários do devido processo legal (QUEIJO, 2012, p. 100)

O direito ao silêncio e a garantia contra a autoincriminação, sendo o primeiro espécie do segundo, permitem que o acusado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, impedindo que seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação de provas contrárias aos seus interesses (PACELLI 2014, p. 45).

Inclusive, Pacelli (2018, p. 45) destaca que o exercício do direito ao silêncio não pode ser interpretado de forma negativa ao indivíduo. Nesse sentido, Tucci entende que consistiria em inominado absurdo entender que o exercício do direito ao silêncio pudesse acarreta em qualquer prejuízo ao imputado (2011, p. 314).

Vincula-se ainda, ao *nemo tenetur se detegere*, o direito à preservação de sua integridade física e moral, tendo em vista que o inciso III do artigo 5º da Constituição determina que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Mais adiante, no mesmo artigo, o inciso XLIX, é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Sabiamente, Sarlet pondera que

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade humana (2015, p. 105).

Considerando que com a previsão de extração do material genético para fins de identificação criminal e inclusão em bancos de dados genéticos, forçoso considerar que as informações genéticas de um indivíduo estão intrinsecamente ligadas à sua intimidade e a sua vida privada. Nesse aspecto, Uadi Lammêgo Bulos esclarece que a vida privada e a intimidade refletem o repositório das particularidades do indivíduo e “[...] salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas” (2017, p. 572).

Com efeito, deve ser preservada a integridade física e moral do acusado, não podendo “ser aplicadas ao acusado medidas atentatórias à sua integridade física e moral, incluindo-se as que objetivam sua cooperação na persecução penal” (QUEIJO, 2012, p. 97). No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. defende que

submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado, cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (gerando assim uma prova ilícita)” (2017, p. 434).

Dessa forma, as provas que forem obtidas por meios não autorizados pelo ordenamento jurídico brasileiro serão inadmissíveis. Inclusive, a Constituição Federal expressamente assegurou no rol dos direitos e garantias fundamentais a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI).

Cabe esclarecer que a prova ilícita é aquela que é obtida mediante o desrespeito às normas ou princípios determinados pela Constituição e pelas leis, colocados “[...] frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade” (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2009, p.125).

Com o advento da Lei nº 11.690/2008, fora previsto de forma explícita no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal que as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais devem ser desentranhadas do processo. Posto isso, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Gomes Filho e Antonio Fernandes ensinam que as provas ilícitas não podem ser tidas como provas, elas simplesmente não existem, daí sua total ineficácia (2009, p. 136). Para Pacelli (2018, p. 400),

[...] o que deve ser protegido, em qualquer situação, é a integridade, física e mental, do acusado, bem como a sua capacidade de autodeterminação, daí porque são inadmissíveis exames como o soro da verdade ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade.

Deve-se ter em mente que “o processo penal é um instrumento voltado, primordialmente, à realização dos direitos fundamentais” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 236), motivo pelo qual o processo não pode ter como escopo a finalidade única de punição daqueles que violam a norma penal, mas sim, o processo deve evitar a opressão estatal no exercício do poder punitivo, conforme uma perspectiva garantista exposta por Casara e Melchior (2013, p. 235).

Considerações finais

Com o avanço da ciência e da tecnologia, e a conseqüente possibilidade de obtenção do perfil genético do ser humano a partir da coleta do seu material biológico, tornou-se imprescindível a análise da utilização dessa tecnologia como auxílio na persecução criminal.

As informações genéticas contidas nos perfis genéticos armazenados no banco nacional brasileiro são obtidas a partir de regiões não-codificantes do DNA e, portanto, devem ser incapazes de revelar qualquer traço somático ou comportamental das pessoas, exceto a determinação genética de gênero, representando apenas um meio de identificação criminal do indivíduo.

Os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal têm sido regulamentados em diversos países, tendo a Inglaterra e os Estados Unidos sido pioneiros na sua implementação. Haja vista o sistema CODIS, desenvolvido pelo FBI ser referência no assunto, em 2009, o Brasil adquiriu a concessão da utilização do *software* do referido sistema a fim de instaurar a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos em território nacional.

Da análise em uma perspectiva internacional, foram destacadas as Recomendações, editadas pelo Conselho da Europa, nºs R (87) 15 e R (92) 1, assim como o Tratado de Prum, assinado por países membros da União Europeia em 2005 visando o fornecimento de dados de DNA e impressões digitais.

Sob esse prisma, foram analisados instrumentos normativos internacionais, como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997) e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (UNESCO, 2004).

Concluiu-se, portanto, que à luz das recomendações internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas, que o tratamento do genoma humano, considerado patrimônio da humanidade em um sentido simbólico e intimamente ligado aos direitos humanos e à dignidade da pessoa, deve ser realizado por meio de procedimentos transparentes e eticamente aceitáveis.

Adiante, da análise dos direitos e garantias fundamentais conexos à investigação e identificação criminal, inferiu-se que um dos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, é princípio estruturante de todo o sistema constitucional e deve ser respeitado. Bem como, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas que são invioláveis, e passíveis de indenização.

Dada à supremacia da normatividade constitucional, ressaltou-se que o processo penal deve ser analisado à luz da Constituição Federal, o qual deve visar à concretização de suas garantias (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 310).

Assim foram analisados os princípios processuais penais da presunção de inocência, direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), concluindo-se que o Estado deve exercer

o poder punitivo conforme uma perspectiva garantista, tratando o investigado como sujeito de direitos e não mero objeto processual.

Referências

- ALMEIDA NETO, João Becon de. **Banco de dados genéticos para fins criminais: aspectos jurídicos**. 2008. 31 f. Monografia (Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008.
- ANSELMO, Márcio Adriano. JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. **Revista Consultor Jurídico**, 02 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CASABONA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCCRIM, 1999.
- CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013.

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação nº R (87) 15**. Disponível em:<<https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recomendations&scope=EURLEX&type=quick&lang=en&page=2>> Acesso em: 26 fev. 2019.

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação nº R (92) 1**. Disponível em:<<https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recomendations&scope=EURLEX&type=quick&lang=en&page=2>> Acesso em: 26 fev. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). **CODIS – NDIS Statistics**. Disponível em:<<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. **Revista Pericia Federal**, Brasília, nº 26, p. 17-20, ano IX, jun.2007/ago. 2008. Disponível em:<<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Helio Buchmuller. DNA x criminalidade: Brasil está pronto para ter um banco de perfis genéticos. **Revista Pericia Federal**, Brasília, nº 26, p.8-11, ano IX, jun.2007/ago. 2008. Disponível em:<<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. **VII Relatório da Rede Integrada de Perfis Genéticos**. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio/vii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos.pdf/view>>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livrara do Advogado, 2012.
- SCHIOCCHET, Taysa. A Regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. **Revista NEJ**. vol. 18, 2013. p. 518-529.
- SISTEMA ELETRÔNICO DO SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO. **Termo de Compromisso que entre si celebram o Escritório Federal de Investigação e o Departamento da Polícia Federal objetivando a concessão de licença para utilização do Programa Combined DNA Index System – CODIS**. 2009. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/652511/RESPOSTA_PEDIDO_tc_codis_5_7.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- PARLAMENTO EUROPEU. *Prüm Treaty: cross-border cooperation in combating terrorism and cross-border crime*. *Official Journal of the European Union*, 2007. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007AP0228&qid=1528081633590&from=EN>> . Acesso em: 20 fev. 2019.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2019.